

EL JUEZ NATURAL Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD PENAL EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

**A propósito de la aplicación del fuero penal militar y la competencia de la justicia
ordinaria**

Beatriz Helena Sepúlveda Grisales
Hidalía del Mar Montaña Domínguez

**Universidad militar Nueva Granada
Facultad de derecho
Especialización en Procedimiento Penal Constitucional Y Penal Militar**

Resumen

El presente trabajo de investigación busca establecer la jurisprudencia y las normas legales que cobijaron la sentencia de que fueron objeto un grupo de militares vinculados con los llamados “falsos positivos”. En el estudio se hace un análisis desde los principios de Juez natural y el principio de igualdad consagrados en la constitución nacional, la normatividad de cuando y como, en que casos se debe aplicar la ley en el sentido sobre quien tiene competencia para juzgar acciones realizadas en la prestación del servicio, que delitos cobija el fuero militar y cuales no, cuando según la ley los casos penales a los militares debe pasar a la justicia ordinaria.

En este ensayo se cuestiona si es necesario reformar el estatuto militar, con el objetivo de reducir la impunidad para la que se presta estas normas, avanzar en el respeto de los derechos es una tarea que le corresponde al Estado, los funcionarios públicos que en si representan el Estado real con rostros, deben trabajar para contar con personal calificado que mas que acatar las ordenes, tenga otros valores como pensamiento original, sentido común, normas morales y éticas.

Lo que en Colombia se conoce como la justicia penal militar, no es otra cosa que la organización judicial, consagrada en el artículo 116 de la constitución nacional, encargada de investigar y juzgar los delitos cometidos por los militares en servicio activo. La justicia penal militar es una justicia administrativa ya que depende del ministerio de defensa, a este respecto la corte constitucional con ponencia del magistrado Vladimiro naranjo conceptuó: que la justicia penal militar no forma parte de la rama judicial.¹

El presente trabajo indaga por las garantías procesales que tuvieron los militares involucrados y si se les violó el derecho al juez natural, por ser competencia la justicia penal militar. La judicialización a los militares implicados, conto con una serie de

¹ Corte constitucional sentencia; C-37 de 1996, magistrado ponente Vladimiro Naranjo, según el título VIII, los militares no están incluidos en la rama judicial; además el artículo 116 dice que la justicia penal militar lo hace de manera restringida tanto por los funcionarios que juzga como por los casos que se manejan.

circunstancias coyunturales como los medios de comunicación, las críticas de las ONG contra el sistema colombiano, el gobierno militarista del presidente de la época, la necesidad de las fuerzas militares por limpiar su nombre y transmitir un parte positivo a la opinión pública de que las cosas estaban haciendo bien y castigando a los responsables de los supuestos falsos positivos.

Abstract

Summary this research work seeks to establish the jurisprudence and legal norms that Barrow judgment which were a group of military linked with the so-called "false positive". The study makes an analysis from the principles of natural justice and the principle of equality enshrined in the national Constitution, regulations when, cases must apply the law to the effect on who has the competence to prosecute actions performed in the provision of the service, as offences blanket military jurisdiction and which not, when according to the law the military criminal cases must pass to the ordinary courts. This essay questions whether it is necessary to reform the military statute, aiming to reduce impunity for which lends these standards, progress in respect for the rights is a task the State public servants which itself represent real state with faces, must work for qualified personnel to more to comply with the orders, you have other values as common sense, original thinking, moral and ethical standards.

This work inquiry into by the procedural guarantees that took the military involved and if they violate the right to natural judge, being of competition of the military criminal justice system.

Palabras Claves

Principios de igualdad y juez natural, víctimas, sentencias, fuero militar, fuerza pública, derechos humanos, jurisprudencia, Prejuzgamiento, Demandas, Condenas.

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo busca determinar la relevancia en la aplicación del fuero militar y la aplicación del principio del juez natural a los militares implicados en falsos positivos; este principio dice que en virtud del mismo no es posible designar jueces especiales para juzgar hechos ocurridos con anterioridad a su posesión, indica que actualmente dicho principio se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, disposición que dice: *"comporta una asignación por parte de la ley de las materias que son asignadas a los jueces y tribunales legalmente constituidos"*.² La pregunta es: los militares procesados por delitos gozan de las garantías en igualdad de condiciones como cualquier ciudadano, ante la justicia ordinaria o por el contrario la justicia militar les ofrece más garantías constitucionales a los implicados

El ensayo busca a través del sometimiento y el análisis de las normas jurídicas y la constitución nacional, determinar las condiciones legales de los implicados y determinar si al momento de juzgar a los militares implicados se les esta respetando el debido proceso, o ellos deberían ser protegidos por el fuero militar. La ley tiene por objeto determinar a la luz de la normatividad vigente si el material probatorio, concluye que las personas es culpable o inocente, la ley busca preservar las garantías y libertades de los procesados, partir de la aplicación de los principios de igualdad y juez natural, solo así se logra darle un equilibrio social legal jurídico y moral al momento de ser juzgados en su calidad de militares. Se analizaran algunas sentencias sobre el particular y determinar las decisiones de las altas cortes sobre los fallos de jueces naturales en los procesos de militares involucrados.

Se considera de vital importancia analizar los casos de juzgamientos a militares, ya que existen dudas, desconfianzas y señalamientos que impiden determinar la verdad de los hechos; La metodología aplicada para el presente artículo hace referencia a lo

² Constitución política de Colombia, 1991.

estudiado en toda la especialización, la experiencia de las autoras como Asesoras Jurídicas de la Cuarta Brigada, y el consecuente esfuerzo de ofrecer alternativas de solución a la problemática diaria sobre la intervención del juez natural, en la decisión judicial, contribuyeron a la realización del presente ensayo. Para desarrollar el ensayo se utilizó el análisis deductivo, se cuenta con ejemplos concretos y reales sobre militares que fueron judicializados y condenados por cometer actos en el servicio activo.

Marco histórico

El Juez Natural no es un invento moderno, tiene ya una muy larga historia. En la antigüedad los propios reyes se encargaban de dirimir los conflictos entre sus súbditos. Pero avanzando el tiempo, y la conciencia humana, fue necesaria la aparición de leyes y de autoridades que se encarguen de impartir justicia. Limitando la potestad de los reyes. En Grecia se dieron pasos importantes. En el año 621 a. C. el legislador ateniense Dracon redactó llamadas leyes draconianas. Luego en 480 a. C. surgió el Areópago, que era un consejo de ancianos de la nobleza, con atribución para resolver conflicto.³

El Juez Natural es el magistrado territorial predeterminado por ley. Donde sucede el hecho, donde vive el ciudadano. Este principio funciona como un instrumento de imparcialidad y garantía, frente a la arbitrariedad de los poderes del Estado, contra los ciudadanos. Hizo su aparición con el Derecho Romano, especialmente durante el periodo de La república (509 a. C - 27 a. C). La necesidad de administrar vastos territorios forzó su aparición. El Juez Natural es el magistrado territorial predeterminado por ley. Donde sucede el hecho, donde vive el ciudadano. Este principio vela porque al procesado se le procese en su jurisdicción funciona como un instrumento de imparcialidad y garantía de un juicio justo. Desde el artículo primero de la Constitución de 1991, se declara que Colombia es un Estado democrático y social de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana y en el artículo 29 de la misma se hace mención expresa al derecho al debido proceso y el juez natural como una manifestación

³ ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina. El juez de vigilancia penitenciaria. Madrid; Civitas. 1985.

de éste. En Colombia el artículo 19 de la constitución nacional⁴ señala las funciones del juez natural, aun permanece la duda sobre cuando es procedente acudir al juez natural, en que delitos, sobre que acuerdos internacionales.

En la consulta realizada por la corte constitucional a la academia colombiana de jurisprudencia, sobre Expediente D-3690. Norma demandada: Ley 153 de 1887. Artículos 40 y 43 (parcial). Actor: Juan Pablo Anaya Santana, determina: La academia Según el jurista Enrique Quiroga arguyo: el principio del juez natural señala que en virtud del mismo no es posible designar jueces especiales para juzgar hechos ocurridos con anterioridad a su posesión en los cuales *esté interesado el gobierno de turno*. Indica que actualmente dicho principio se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución, disposición que *“comporta una asignación por parte de la ley de las materias que son asignadas a los jueces y tribunales legalmente constituidos”*.⁵ La designación de jueces especiales para determinados procesos lo tiene estipulado la norma, inclusive para el juzgamiento de militares, el mismo jurista advierte la obligación de la ley para la designación de juez natural, Aclara el jurista: *“sin embargo que una cosa es la figura del juez natural a quien se le asigna con antelación el juzgamiento y otra muy distinta es la redistribución de competencias dentro de la misma rama de la jurisdicción*. En su concepto, dicho principio se vería vulnerado si el juzgamiento de un caso concreto que corresponde a la rama judicial pasa *“a manos de tribunales especiales que no tiene precisamente la función judicial (militares), así se les denomine tribunales”*.⁶

1. PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LOS PROCESOS JUDICIALES

La constitución Nacional tiene unos principios que rigen toda la ley, entre estos se encuentra el principio de igualdad: artículo 10 dice:

⁴ Constitución Política de Colombia, Legis, envió 48, Legis editores, Bogotá, Febrero 2006.

⁵ Quiroga Héctor; academia colombiana de jurisprudencia, Norma demandada: Ley 153 de 1887. Artículos 40 y 43. Bogotá 1998.

⁶ Ibídem.

“La ley penal militar se aplicará a los miembros de la Fuerza Pública, sin tener en cuenta circunstancias diferentes a las establecidas en la Constitución y la ley. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trata de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con los miembros de la Fuerza Pública que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la ley penal militar.”⁷

En base a lo anterior se entiende que por su función dentro de la sociedad, su carácter de militar se le debe tener especial preferencia a la hora de la sentencia, cuando la justicia ordinaria asume competencia sobre un asunto que debe asumir la justicia penal militar, se ve afectado el procesado ya que pierde su derecho al juez natural y al debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. El principio de igualdad se rompe cuando los términos acordados sobre el trato judicial que se le debe dar a los militares procesados, es controvertido, insinuándose una figura jurídica nueva: crímenes contra la humanidad y crímenes de lesa humanidad por estar vinculados con hechos atroces.

1.1 Principio del juez natural y su relación con el debido proceso.

Así mismo, la jurisprudencia tiene definido que el “*juez natural*” es aquel señalado por la ley para administrar justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, quien al ejercer una de las manifestaciones más importantes de la soberanía del Estado ha de cumplir con los requisitos establecidos al efecto, garantizándose así que dicha función recaiga en personas calificadas y con conocimientos en las disciplinas que deben atender.

Es necesario recordar que la figura del juez natural impone “la reserva absoluta de la ley y la no alterabilidad discrecional de las competencias judiciales”, pues para la Comisión Interamericana “la existencia del juez natural no es dependiente exclusivamente de que haya una ley, el juez natural es un concepto, que desde el punto de vista del derecho internacional, necesita satisfacer los requisitos del artículo 8, entre

⁷ Constitución política de Colombia 1994, ley penal militar, edit. Legis 2007, Bogotá.

otros, de la Convención Americana⁸". Además hace referencia que el "el fuero militar es una instancia especial exclusivamente funcional destinada a mantener la disciplina de las Fuerzas Armadas y de Seguridad"⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos advierte, a su vez, "*que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incluido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias*"¹⁰. La misma corte lo reitera cuando los militares hayan incurrido en falta grave o delito, cuando el militar esta en Manos de la justicia ordinaria, se viola el principio de igualdad, bien lo reitera la norma: Y sin la aplicacion de la norma, se viola em principio de igualdad, esto se puede superar ofreciendo un juico justo a los militares, al no respetarse el principio del juez natural se vuelve imposible aplcar el fuero militar.

Por otra parte, la Corte se ha pronunciado, reiteradamente, sobre el deber de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos a todas las personas sometidas a su jurisdicción, declarando que tal obligación "*implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.*"¹¹ los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación a los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho ciudadano y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"¹².

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos art 8

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos

¹⁰ *Ibídem.*

¹¹ *Ibídem.*

¹² Corte IDH, Caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafos 169-70

2. DEFENSA: RECURSOS, DEBIDO PROCESO, VALORACIÓN PROBATORIA, ELEMENTOS PROBATORIOS

Los militares por su labor enfrentan cada día duras situaciones en las cuales esta de por medio la vida de las personas, la seguridad de los mas vulnerables, incluso su propia vida, se puede afirmar que los funcionarios públicos con mayor numero de procesos penales son los militares, cada omisión en el servicio por elemental que sea, puede acabar con su carrera de toda la vida, con el futuro suyo y el de su familia, en estos procesos contra militares juega un papel fundamental la defensa, el abogado de acuerdo a su experticia y conocimiento logra justicia para el acusado, la defensa vela por tres elementos claves como son: que se respete el debido proceso de los acusados, que el defensor cuente con recursos de defensa y apelación si fuere necesario, y que además la fiscalía cuente con suficientes elementos probatorios; se analizaran cada uno para determinar su importancia en la defensa de militares procesados por la justicia ordinaria.

2.1.2 Los recursos:

Los recursos genéricamente hablando son todos medios de impugnación de los actos procesales o administrativos, razón esta por la cual el Código de Procedimiento Civil, le da al reclamo o protesta la forma de solicitud, sin que se puedan exigir formalidades para su proposición, debido a que de conformidad con el principio de especificidad procesal, dichos requisitos, sanciones y prohibiciones deben constar en el texto expreso de la ley.¹³

A continuación se analizaran los recursos procesales que pueden apelar los abogados defensores con los sindicatos ante un juez natural o civil.

El Recurso procesal jurisdiccional es el medio establecido en la ley para obtener la modificación, revocación o invalidación de una decisión judicial ya sea del mismo juez o tribunal que la dictó o de otro de superior jerarquía. Este recurso ampara las decisiones tomadas y apela ante el juez la sentencia.

En todo recurso encontramos: una resolución que es impugnada; un litigante agraviado con la resolución que busca impugnar; un juez o tribunal que la ha dictado un juez o

¹³ Nuevo código de procedimiento civil, edit. Legis Bogotá 2006

tribunal que conoce del recurso juez o tribunal *ad quem*; y una nueva resolución que puede confirmar, modificar, revocar o invalidar la resolución recurrida.

En la legislación colombiana, los recursos presentan las siguientes características:

- Deben interponerse dentro de un plazo perentorio.
- Se presentan, generalmente, por escrito y con fundamentos. A veces, se exige acompañar algún tipo de documentación o cumplir ciertas formalidades.
- Se presentan ante el mismo juez o tribunal o que dictó la resolución directamente ante el juez o tribunal al que corresponde conocer del recurso.
- Su conocimiento y fallo le corresponde al superior jerárquico que ha pronunciado la resolución.¹⁴
- Se interponen para impugnar resoluciones que no están firmes.

Clasificación de los recursos procesales:

- Recurso ordinario (o de derecho común): es aquel que la ley admite, por regla general, en contra de toda clase de resoluciones. Por ejemplo: el recurso de apelación.
- Recurso extraordinario es aquel que la ley admite, excepcionalmente, contra determinadas resoluciones y por causales determinadas.. Por ejemplo: el recurso de casación y recurso de revisión.

2.1.3 Según su conocimiento

- Recurso por vía de retractación: es aquel que conoce el mismo Juez o tribunal que dictó la resolución recurrida.
 - Recurso por vía de reforma: es aquel que conoce el superior jerárquico del juez o tribunal que pronunció la resolución recurrida.

Según su extensión

- Recurso de hecho y de derecho (o constitutivo de instancia): es aquel en que el superior puede pronunciarse sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho, que han sido discutidas en el proceso.

¹⁴ Ibídem.

Recurso de derecho: es aquel que tiene por objeto la correcta aplicación del derecho. Sobre este recurso se han dado las solicitudes de la defensa de los militares sindicados, en varios casos el alegato asido cual es la jurisdicción que tiene la potestad para juzgar a los procesados.

La sala de casación penal de la corte suprema de justicia, en el proceso que involucraba a un grupo de uniformados por falsos positivos, definió que los implicados quedaban libres y exentos de las acusaciones, porque la defensa solicito en consecuencia, que se decrete la nulidad de lo actuado a partir inclusive del auto que declaró la clausura de la investigación y que de conformidad con la causal del numeral 4º del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal, se decrete la libertad provisional de sus representados, toda vez que a la fecha habrían permanecido más de 180 días privados de su libertad sin que se haya calificado el mérito del sumario;¹⁵ que el juez militar que conoció del caso paso por alto la solicitud de la delegada del ministerio publico, que argüía que estos militares debían ser juzgados por la justicia ordinaria, pues habían actuado por fuera de su servicio. Aquí en esta sentencia en la cual se procede a recurso de apelación por falta al debido proceso en la competencia de que juez o tribunal debía juzgar a los militares implicados es un caso del recurso en la defensa.

No puede desconocerse que la competencia para juzgar es uno de los principios basilaes del debido proceso que atañe con el principio del juez natural y la organización judicial, expresamente consagrado en el artículo 29 constitucional cuando refiere al juzgamiento ante el “juez o tribunal competente”, y esa especial connotación impide al funcionamiento judicial pasar por alto o desconocer tal requisito al asumir el conocimiento de los procesos, o adoptar en ellos decisiones, defecto que de ocurrir, tampoco puede subsanarse sino mediante la declaratoria de nulidad por incompetencia que se advierte en los artículos 304-1 y 305 del Código de Procedimiento Penal (hoy regulados de manera similar, en los artículos 306-1 y 307, de la Ley 600 de 2000, acota la Sala).¹⁶

¹⁵ Corte suprema de justicia sala de casación penal; sentencia sobre el caso “masacre en la solita Caquetá. 2009

¹⁶ Ibídem

2.2.1 El debido proceso:

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia consagra el debido proceso como un derecho fundamental que se encuentra íntimamente ligado con el derecho a la honra y a la presunción de inocencia de los procesados por delitos de toda clase. El debido proceso atañe tanto a las actuaciones judiciales como a las administrativas y es la oportunidad que le da la Ley al sindicado a controvertir las pruebas aportadas y lograr que sean decretadas y practicadas, es el derecho a ser notificados del inicio del juicio que se adelante en su contra al igual que de las decisiones de fondo que se den dentro del proceso.¹⁷ La oportunidad de presentar peticiones respetuosas y recursos también hace parte de las garantías que nos otorga el derecho al debido proceso al igual que el derecho de estar asistidos en forma adecuada y oportuna por un abogado y a impugnar la sentencia condenatoria cuando este sea el caso.

Según la corte interamericana de derechos humanos De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en un Estado social de Derecho como el colombiano, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo, Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana"¹⁸.

La violación del debido proceso al sindicado es causal de anulación de la sentencia, de allí su importancia, la CIDH en una clara defensa de la persona reitera la necesidad de proteger los derechos humanos de cualquier persona que sea judicializada; la corte

¹⁷ Constitución política de Colombia.

¹⁸ *El Debido Proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (análisis del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*
Lima, marzo del 2001, 35 páginas.

constitucional dispuso que ningún militar activo puede ser defensor de un sindicato militar, En sentencia de constitucionalidad la Corte analizó el artículo 374 del Código Penal Militar Decreto ley 2550 de 1988 disposición que contemplaba la posibilidad de que en los procesos penales militares los oficiales de las Fuerzas Militares o de Policía en servicio activo, además de los abogados en ejercicio, se desempeñaran como defensores. La Corte declaró inexecutable la disposición al considerar que no obstante la competencia del legislador para establecer las mencionadas disposiciones aplicables a los procesos penales militares, esta facultad otorgada de modo especial y expreso por el constituyente no alcanza para disponer del derecho a la defensa y a la asistencia técnica por un abogado en favor del sindicato.¹⁹ Según lo anterior es improcedente porque La calidad de militar en servicio activo resulta incompatible con los elementos de la noción de defensa técnica a que se refiere el artículo 29 de la Carta constitucional, puesto que como tal el funcionario de las Fuerzas Militares se debe a una permanente relación jerárquica, propia de las estructuras orgánicas de aquella naturaleza.

“Para que los militares puedan ampararse en la corte penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado”²⁰. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

2.2.2. Valoración probatoria:

En el presente trabajo se esta intentando demostrar si los procesos que se adelantan contra los militares implicados en actos ilegales en cumplimiento de su deber gozan de todas las garantías procesales por parte del órgano judicial, en este caso las pruebas son el determinante crucial para probar si un militar violó la ley o no, de allí la importancia de analizar toda la normatividad sobre que es la prueba, su clasificación,

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C- 592 de 1993

²⁰ Corte constitucional; Fuero penal militar y delitos de lesa humanidad, sentencia C-358/97

cuando una prueba debe ser tenida en cuenta, cuando debe ser desechada, esto con el animo de favorecer la verdad y evitar que el procesado en este caso los militares no tengan un juicio justo y adaptado a la ley.

El destinatario de la prueba es, naturalmente, el juzgador. La prueba se valora por el o se fija por el tribunal y las operaciones se plasman en la sentencia. Las máximas de la experiencia y los sistemas de valoración.

La valoración de la prueba viene siempre determinada por las máximas de la experiencia, por los juicios hipotéticos y generales en que éstas se resuelven.

En cuanto a los sistemas cabe establecer los siguientes. En primer lugar el sistema libre, en el que la ley deja al juez que aplique las máximas que ésta ha adquirido por su experiencia personal en la vida. En segundo lugar el sistema de prueba legal, en el que la ley hace establecer la máxima de la experiencia en la propia norma, e imponerla al juez en el momento de la valoración de la prueba.²¹

Concepto: Es el conjunto de actividades que se realizan en el proceso con el objeto de llevar a este la prueba de los hechos materia de la controversia. Son medios probatorios el testimonio, la confesión, la inspección judicial, los indicios etc.

Clasificación: Según los medios que pueden utilizarse, se distinguen dos clases de criterios o sistemas: el medio legal y el medio libre

El medio legal: consiste en que solo puede emplearse lo que expresamente indica la ley o el código respectivo. Entre nosotros tuvo vigencia en el campo penal.

El medio libre: Se presenta cuando la ley deja plena libertad para que se utilice cualquier medio probatorio, sino también cuando señala algunos y permite el empleo de otros.²²

En todo proceso jurídico las pruebas son el factor determinante para que el juez se pronuncie y emita su fallo de acuerdo al material de apoyo recaudado, sobre la prueba, sobre su objeto, se han desarrollado amplios debates jurídicos, buscando que los derechos del sindicado no sean vulnerados.

²¹ Martínez Rave, Valoración de la validez y de la eficacia de la prueba. Aspectos epistemológicos y filosófico-políticos, edit. Legis. 2007. Bogotá.

²² Azula Camacho, libro Manual de Derecho Procesal Tomo I Teoría General Del Proceso, Editorial Temis 2000 Séptima edición. Bobota

Una vez determinado que es la prueba el paso siguiente consiste en preguntarse sobre que recae la prueba, y la respuesta a esta cuestión requiere distinguir entre:

- a. **Objeto de la prueba:** son las realidades que en general puede ser probadas, con lo que se incluye todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto fáctico del que se deriva una consecuencia también jurídica. En este sentido el planteamiento correcto de la pregunta es: ¿Qué puede probarse? Y la respuesta tiene que ser siempre general y abstracta, sin poder referirla a un proceso concreto.

Tema de Prueba: con esta expresión se hace referencia a lo que debe probarse en un proceso concreto para que el tribunal declara la consecuencia jurídica pedida por la parte. La pregunta adecuada es: ¿Qué debe probarse? Y la respuesta debe ser concreta, pues debe atenderse a un proceso determinado. Por lo general el objeto de la prueba son los hechos, el artículo 228 así lo señala: *“La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso”* ²³ en los procesos solo las pruebas ya determinadas podrán ser motivo de alegaciones o harán parte del proceso, algunas pruebas no necesitan ser probadas como: Los hechos admitidos por todas las partes no precisan la prueba sobre los mismos; Los hechos no controvertidos deben entenderse que no cabe realización de la actividad probatoria; Los hechos notorios son aquellos hechos cuyo conocimiento de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en que se produce la decisión judicial, incluyendo al juez.

2.3 Principio de medio probatorio

Concepto: consiste en dar a conocer las actuaciones realizadas en el proceso por el funcionario judicial.

Clases: se puede considerar desde dos puntos de vista: Interno y Externo.

²³ Consejo de Estado Sentencia nº 17001-23-31-000-2002-01165-01(32216) de Sección Tercera, 24 de Enero de 2007.

Publicidad interna: se refiere a que las partes conozcan todos los actos llevados a cabo por el juez en el proceso. Así, por ejemplo, el demandado no se entera de manera directa de la demanda sino que se entera de ella mediante la notificación del auto que la admite. Es por esto que la publicación se cumple mediante la notificación de la providencia.

Publicidad externa: es la posibilidad de que personas extrañas al proceso sepan lo que está ocurriendo en el mismo y presencien la realización de determinada diligencia. Ejemplo: la audiencia pública de juzgamiento, en materia penal, y la recepción de pruebas, en el área civil y laboral.²⁴

2.4 Casos de Jurisprudencia de la corte sobre falsos positivos.

En el momento en que se evidencian las denuncias por los llamados falsos positivos se inicia en el país todo un complot jurídico que busca sacar lo mejor librados posible a los implicados en dichos crímenes, en Colombia los militares tienen sus tribunales propios, el fuero militar y la corte penal militar, a este respecto dice la corte: “En Colombia el Constituyente de 1991 delimitó el fuero militar en el artículo 221, bajo el entendido que de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, solamente conocen las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales deben integrarse por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro. Dentro del concepto de Fuerza Pública y por ende, de aplicación del fuero militar, se cobijan a los miembros de la Policía Nacional, siempre que los delitos sean cometidos en servicio activo, y en relación con dicho servicio.”²⁵ En esta última parte y en relación con los falsos positivos de la solita en Caquetá, cabe la pregunta: cuando a los militares les sirve que los juzgue un tribunal militar y cuando les conviene que sean juzgados por un tribunal ordinario, sea en uno o en otro lo ideal fuera que se aplicara todo el rigor de la justicia en cualquiera de los tribunales, al fin y al cabo hacen parte de

²⁴ Ibídem.

²⁵ Constitución política de Colombia 1991, artículo 221

una misma constitución Nacional, pero no es así, en Colombia con una impunidad del 95% es fácil para los abogados inventarse tretas, dilatar los juicios, entorpecer los procesos, mientras que los sindicatos también hacen su parte las cuales intimidar a los testigos, a los familiares y entorpecer la justicia; la justicia colombiana ha sido clara y respetuosa de los juicios que se adelantan contra estos sindicatos, la corte ha hecho lo suyo para respetarles el debido proceso a los implicados, falta que las decisiones tomadas por los jueces sean decisiones en derecho y sobre todo evitando la impunidad.

Sentencia que califica de "crímenes contra la humanidad" los asesinatos denominados como falsos positivos. Corte suprema de justicia sala de casación penal.

Vistos:

Juzga la Corte en sede de casación la sentencia de segundo grado del 27 de febrero de 2006, proferida por el Tribunal Superior Militar, mediante la cual confirmó con modificaciones el fallo dictado por el Juzgado 12 de Brigada de Primera Instancia con sede en Florencia, Caquetá, condenando a los procesados ct. José Mauricio Muñoz Plaza, al marino Alexander Eraso Gómez y a los soldados profesionales Roberto Antonio Marín Menéndez, Abel Pablo Uribe, Wilson Ramos Soto, Rubén Darío Polanía Cabrera, Robinson García Sarmiento, James Toro Pabón y José Vicente Sánchez Mendoza a la pena principal de 27 años de prisión y a las accesorias de separación absoluta de la fuerza pública e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, como responsables del concurso homogéneo de homicidio agravado.

2.4.1 Hechos

Según los hechos y las pruebas recolectadas la corte sentencio que los militares actuaron con premeditación y sevicia, es decir con que sus actos fueron cometidos prestando su servicio, que en ningún momento se les violó el derecho al debido proceso. Por lo cual la pena a pagar por cada uno de los uniformados se adapta a la norma, la comisión de delitos en personas desprotegidas, es una clara violación de los derechos humanos, tanto los uniformados como el oficial que manda a ejecutar a los campesinos, desconoció todas las normas y reglas militares. Como lo argumenta el artículo 91 de la constitución: en caso de infracción manifiesta de un precepto

constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al militar que lo ejecuta.²⁶ Aquí en esta sentencia se acordó que se violaron varias normas entre ellas, los artículos sobre la normatividad de los uniformados en muy clara: Artículo 21. Los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Publica pueden ser realizados por acción o por omisión.

Articulo 22. Tiempo de la conducta punible.

La conducta punible se considera realizada en el tiempo de su ejecución, o en aquel en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el resultado.

El artículo 23 lo aclara y especifica, Modalidades de la conducta punible: La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintencion solo son punibles en los casos expresamente señalados en la ley.

Articulo 24. Dolo, La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización.²⁷ La corte logro determinar que las acciones cometidas por los uniformados eran con dolo y premeditación, es decir ellos sabían que hacían, porque, lo hicieron eso nadie lo sabrá nunca.

Otro ejemplo sobre las decisiones legales, en el cual reino la impunidad, por falta al debido proceso, , fue El juzgamiento de los militares vinculados a la investigación de los delitos cometidos contra 19 comerciantes por jueces penales militares que carecían de competencia, la defensa alego que los militares debían ser juzgados por la justicia ordinaria recurso el cual culminó con la cesación de procedimiento a su favor; la defensa alego una violación al principio de juez natural y, consecuentemente, al derecho al debido proceso y acceso a la justicia, y además conllevó a que no fueran investigados y sancionados por tribunales competentes los miembros de la fuerza pública que participaron en los hechos.

En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”²⁸. Al respecto,

²⁶ Constitución nacional artículo 91

²⁷ *Ibídem*.

²⁸ *Caso Maritza Urrutia*, *supra* nota 3, párr. 126; *Caso Bulacio*, *supra* nota 3, párr. 120; y *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 147, párr. 143.

la Corte ha advertido que: “El Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”²⁹.

El Tribunal ha indicado que sólo si se esclarecen todas las circunstancias en cuanto a la violación, el Estado habrá proporcionado a las víctimas y a sus familiares un recurso efectivo y habrá cumplido con su obligación general de investigar y sancionar permitiendo a los familiares de la víctima conocer la verdad, no sólo sobre el paradero de sus restos mortales sino sobre todo lo sucedido a la víctima³⁰.

²⁹ *Caso Maritza Urrutia*, *supra* nota 3, párr. 126; *Caso Bulacio*, *supra* nota 3, párr. 120; y *Caso Juan Humberto Sánchez*, *supra* nota 147, párr. 143.

³⁰ *Cfr. Caso Trujillo Oroza. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 109; *Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 75; y *Caso Caballero Delgado y Santana*, *supra* nota 148, párr. 58.

3. JURISPRUDENCIA

3.1 Reforma del código penal militar ley 1407 de 2010.

Se podría determinar que existe una oposición entre el artículo 1. Fuero militar. Que dice: De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.³¹ Como lo destaca el artículo en servicio activo, es decir cumpliendo con su deber, el fuero fue introducido en la constitución teniendo en cuenta lo riesgoso de su función y a las presiones que debía enfrentar día a día; también dentro de la reforma del código penal militar, ley 1407 de 2010, se busca a través de ella que haya celeridad en el juzgamiento de los militares, procesos que están viendo afectados por la presión que se tiene por parte de la jurisdicción ordinaria.

El artículo 3. Del mismo código declara que no serán cobijados con el fuero los crímenes de lesa humanidad, ese es el argumento principal con el cual son procesados los militares, bajo esa figura, todo en algún momento y de acuerdo a las circunstancias puede ser elevado a la categoría de crimen de lesa humanidad. La reforma al código penal militar lograra que los juzgamientos de los militares tengan una protección legal y jurídica al momento de realizar sus operaciones, propias del servicio y al no estar bajo presión en la realización de sus operaciones harán mejor su labor, y así evitaran tener conductas penales. Se espera que con la implementación de la reforma a la ley del

³¹ Ley 1407 del 2010, reforma al código penal militar.

sistema acusatorio se de la agilidad necesaria para adelantar los procesos contra militares y que la ley se pronuncie con sabiduría y honestidad.

Sobre esta situación el doctor Agustín Jiménez, vocero de la Coordinación Colombia Europa y los Estados Unidos, nos hace la siguiente referencia: “Con estos mecanismos se busca subsanar los elementos de impunidad, considerando que los crímenes cometidos por los militares ya tienen un mecanismo de garantía, para proceder”.³² O como bien lo menciona el ministro de defensa Rodrigo Rivera,” esta Ley era necesaria, ya que el país requiere una Justicia Penal Militar eficiente, que produzca resultados, que condene a los culpables, que absuelva a los inocentes, y que no solamente sea honesta y legítima, sino que además lo parezca”.³³ Con base a lo dicho se espera juicios más justos.

3.2 Derecho penal militar

La pena en materia penal militar tiene como función la prevención general y especial, protectora y reinserción social. Las medidas de seguridad persiguen fines de protección, curación, tutela y rehabilitación. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. Artículo 13. Juez Natural. Los miembros de la Fuerza Publica en servicio activo, cuando cometan delitos contemplados en este Código u otros en relación con el servicio, solo podrán ser Juzgados por Jueces y Tribunales establecidos en este Código e instituidos con anterioridad a la comisión de la conducta punible. Ley 1407 de 2010 por la cual se expide el Código Penal Militar de la republica de Colombia, en la ciudad de Bogotá 2010.³⁴

³² Jiménez Agustín; la reforma al código penal militar.

³³ El tiempo, reforma al código penal; Rodrigo Rivera Sept.de 2010.

³⁴ Sobre el concepto y los delineamientos generales de la institución del fuero militar, las sentencias mas destacadas de la Corte Constitucional han sido la C-978 de 2000, C-676 de 2001 y C-178 de 2002.

3.3 La justicia Penal Militar: origen y constitucionalidad.

Desde 1948 Hasta 1990, Colombia vivió un proceso de normalización del "estado de sitio". Esta era la denominación que la recientemente reemplazada constitución de 1886 le daba a los estados de excepción. Desde 1965 se convirtió en práctica usual durante los estados de sitio, entregarle a la justicia penal militar la investigación y juzgamiento de los delitos comunes o políticos cometidos por civiles. Dicha práctica subsistió hasta 1987, cuando la Corte Suprema de Justicia declaró que era inconstitucional esa transferencia de competencia. Sin embargo, esa práctica acabó entroncando con alguna de las estrategias propias de la teoría de la seguridad nacional y, en 1978, acabó produciendo: el llamado estatuto de seguridad, decreto N1 1.923 de 1978, que cumplía todos los requisitos de las legislaciones originadas en dicha teoría: violaciones al principio de tipicidad, a través de la penalización de conductas que no son objetivamente vulneradoras de intereses de la comunidad, o mediante expresiones vagas que se prestan para incluir toda serie de comportamientos; obstaculización del ejercicio del Habeas Corpus o su eliminación total; suspensión de los derechos de reunión, asociación y otros de igual significación política, etc.³⁵

En el caso de los delitos comunes objeto de recepción pasiva por parte del Código Penal Militar, la ausencia de un condicionamiento positivo estricto dentro del mismo tipo penal, que supedita la competencia de la justicia penal militar a su vinculación directa con un acto u operación propios del servicio, dificulta la decisión acerca de cuál es el derecho penal aplicable. Esa decisión está siempre expuesta a dos peligros igualmente graves y lesivos de la igualdad y del debido proceso: por una parte, la discrecionalidad judicial para definir el juez natural y el derecho aplicable; por otra, la conversión del fuero en privilegio personal y el socavamiento injustificado de la jurisdicción ordinaria. Los mencionados peligros pueden menguarse, sin embargo, si se parte de la definición del fuero penal militar como una excepción a la regla del juez natural general. Ello significa que en todos aquellos casos en los que no aparezca diáfananamente la relación directa del delito con el servicio habrá de aplicarse el derecho penal ordinario.

³⁵ Juan Carlos Palou, las fuerzas armadas y la transición constitucional en Colombia universidad de los andes Bogotá, Colombia

Frente al principio de igualdad emanado de nuestra carta magna resulta difícil de concebir que los militares tengan sus propios tribunales, consideramos que se viola este principio, porque todos nacemos iguales en un estado social de derecho como el colombiano, a nivel latinoamericano Resulta sumamente difícil encontrar hoy en día un Estado de Derecho, que no cuente entre sus principios estructurales con uno que consagre la igualdad ante la ley de sus habitantes, residentes, naturales, y en general de todas las personas que se encuentren sometidos al imperio de la ley de un determinado Estado. Colombia, como Estado democrático social de derecho no es la excepción a la regla general, El Art. 13 de la Carta Política vigente establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley.³⁶ Sin embargo, por razones de políticas internas de los Estados o bien por prácticas consuetudinarias de derecho internacional, resulta la consagración generalizada de instituciones jurídicas que desatienden la regla general expuesta, implementándose en consecuencia tratos excepcionales a la hora de aplicar la ley penal, como es el caso de los militares, bien porque no resultan aplicables normas de uso interno, bien porque resultan aplicables al caso normas extranjeras, o simplemente porque la competencia para conocer de unos determinados hechos constitutivos de infracciones penales, está radicada de manera reservada, en cabeza de determinadas autoridades, entre otras formas excepcionales de aplicación de la ley penal en consideración a la persona. Como es el caso de la corte penal militar, que bajo el argumento de las funciones exclusivas de sus funcionarios en este caso militares, deben pasar por la justicia militar, mostrando la debilidad del sistema, pues se han visto muchos incidentes donde las guarniciones militares son campos de recreo para los militares condenados y son ejemplo para los demás militares, que es posible cometer actos delictivos, pues su justicia los ampara y protege.

³⁶ constitución política de Colombia edit. legis

3.4 Hay respeto y cumplimiento del fuero militar en Colombia? o solo es una figura sin aplicación.

La función de los jueces de la república independiente de que pertenezcan a la justicia militar o la ordinaria, tienen el deber civil de actuar de acuerdo a la ley, como lo aclara esta nota ´ Los jueces operan con hechos, valores y normas. Su misión consiste en acudir a esas herramientas con el fin de construir decisiones coherentes con el sistema normativo en su conjunto y con la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico. Un esfuerzo responsable en tal dirección, y no su habilidad para identificar una inexistente, infalible y matemática respuesta única, es lo que legitima sus fallos y lo que genera seguridad jurídica. El proceso judicial no es, por supuesto, un escenario propicio para la violación de los derechos fundamentales, sino precisamente para su realización, para su preservación. Las normas procesales no deben contrariar la Constitución, sino desarrollarla. No es casual, entonces, que el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004)³⁷.

Respecto de la aplicación del fuero militar y del respeto por un juicio justo respetando esta calidad el doctor Luis Carlos Sachica establece que “El fuero penal Militar consagra o permite establecer tribunales militares o cortes marciales y la adopción de un código militar normas y jueces que son los únicos competentes y aplicables cuando se trata de enjuiciar a los militares en servicio activo por los delitos cometidos en el servicio o con ocasión de este”³⁸. En relación a lo anteriormente se puede considerar que si no se establece ese respeto por el fuero, la calidad de los juzgamientos se va a ver perjudicado y reflejado en los juicios.

Esta calidad del fuero se está viendo obstaculizado por el artículo 3 del código penal militar donde establece que los crímenes cometidos contra la humanidad deben ser competencia de la justicia ordinaria, y esta debe dar todas las garantías procesales y legales a los sindicados, en el momento en que estén siendo procesados; en el momento que estén permitiendo el libre desarrollo de los procesos, incurrirán en delito, ya que estarán generando retraso en resolver situaciones jurídicas y viéndose perjudicados los militares sindicados.

³⁷ Solarte Portilla Mauro, Corte suprema de Justicia; seguridad jurídica Bogotá 2006

³⁸ Sachica, Luis Carlos, derecho constitucional. Bogotá: edit. el profesional. 1980

El doctor Álvaro Mendoza Palomino hace una referencia sobre la calidad del fuero cómo a través de la historia se ven alteraciones en los juzgamientos, con relación a esto el doctor Palomino menciona lo siguiente “Las fuerzas militares como institución deposita la función de la defensa del Estado, y por ende de la fuerza, por esto se exige una organización propia”³⁹ que no se vea afectada por actuaciones que va en contra de la política de protección y garantía que da el fuero militar. Como lo anota el doctor Palomino por su función de la seguridad nacional las fuerzas militares deben gozar cierta autonomía, que les permite ejercer su oficio con eficacia y dentro de las leyes; pero debemos determinar que los múltiples casos de corrupción de falsos positivos que se presentan continuamente, hicieron que la corte analizara de nuevo las facultades legales que tenía la justicia penal militar y su respectivo fuero. La corte constitucional ha fallado múltiples sentencias sobre el fuero militar, aquí se presentan las más interesantes en el ámbito jurídico: mediante sentencia C-009-17 de 1995, la corte definió que los militares incluyendo los organismos de seguridad del Estado como sus tribunales y juzgados son instituciones políticas, por lo cual hacen parte del poder publico.⁴⁰ En esta sentencia aclara que para todos los servidores públicos existe el principio de igualdad, que por lo tanto la justicia debe proceder bajo este criterio. La sentencia 225 del 18 de mayo de 1995, mediante la cual la corte dice que deben diferenciarse la obediencia militar, que se debe observar por el inferior para que no e quiebre el orden militar y la que desbordando las fronteras de razonable, implique un acatamiento ciego a las ordenes del superior.⁴¹ En la sentencia C-399, la corte señala que la constitución establece el fuero penal militar como excepción a la competencia general de la jurisdicción ordinaria, por lo cual sus alcances deben ser determinados en forma estricta y rigurosa, no solo por la ley sino que también por el interprete.⁴²

³⁹ MENDOZA PALOMINO, Álvaro. Teoría y sinopsis de la constitución de 1991. Bogotá D.C editorial doctrina y ley. 1996. P.228

⁴⁰ Corte constitucional sentencia 009- 17 de enero de 1995, magistrado ponente Vladimiro Naranjo.

⁴¹ Ibídem. La sentencia 225 del 18 de mayo de 1995, MP Alejandro caballero

⁴² Corte constitucional, sentencia C399 de 1995 MP Alejandro Martínez

Como se puede observar la corte constitucional ha hecho varias aclaraciones sobre las funciones de la corte penal militar, las sentencias proferidas buscan que no se presente abuso de poder e impunidad por parte de los jueces y tribunales militares.

3.5 Las sentencias de los falsos positivos

Las decisiones tomadas por la justicia penal militar no procede acción de tutela, sentencio la corte, en sentencia Por eso es de destacar la invulnerable lógica de la sentencia de constitucionalidad C-543 de 1992, mediante la cual se declararon inexecutable las normas que hacían posible la tutela contra decisiones judiciales. Es que no pueden medirse con el mismo rasero los simples actos de la administración que los fallos dictados por el juez natural en un escenario rodeado de toda una urdimbre protectora de los derechos fundamentales. Los fallos de las tutelas no proceden, es una garantía tanto para la justicia penal militar como para los sindicatos, esta figura rompe de alguna manera con el principio de igualdad, pero de nuevo reitera la corte, las funciones de los militares por la naturaleza del oficio y sus riesgos, se busca proteger la autonomía de la justicia penal militar, blindar sus decisiones.

La justicia penal militar a emitido cientos de sentencias condenatorias, en el caso de falsos positivos la justicia ordinaria ha emitido varios fallos a militares involucrados en falsos positivos, en ellas la justicia ordinaria condena a los sindicatos arguyendo que existen las pruebas necesarias para incriminarlos, por ejemplo el caso, del Capitán ® Orduz naranjo Rafael Alberto, quien fue condenado por la Fiscalía General de la Nación Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH como coautor responsable del delito de homicidio agravado junto a un suboficial y ocho soldados profesionales adscritos a la IV Brigada con sede en Medellín a purgar una pena de treinta años de prisión. Esta sentencia fue una sanción impuesta ya que el acervo probatorio concluía que el militar si estaba implicado, junto con su tropa, según los hechos, el 13 de julio de 2003 en la vereda La Merced, jurisdicción del municipio de Granada (Antioquia), perecieron en choque armado con tropas regulares, los novios, Jessica Marcela Quintero Giraldo y Nelson Abad Ceballos. De acuerdo con la investigación esas personas murieron fuera

de combate.⁴³ Para este caso específico se violó la norma del juez natural, muchas de las pruebas que presentó la defensa fueron invalidadas, aunque la defensa del ex oficial reiteró que se violó el debido proceso, además que las pruebas de la defensa no fueron tenidas en cuenta, que fue víctima de prejuizgamiento y la pluriviolación de su debido proceso, teniendo en cuenta que pese a aportar pruebas tan importantes como las declaraciones de los familiares de los sujetos muertos en el combate, donde ellos mismos dieron a conocer la actividad delictiva en el grupo armado ilegal, ésta prueba nunca fue valorada, aparte del resto de material contundente que respalda su inocencia. En este caso la justicia ordinaria fue implacable, crimen de lesa humanidad debía ser sancionado así, el caudal de pruebas era absoluto, el juez determinó que sí había existido una masacre y el capitán Orduz estaba al mando.

El caso, de falsos positivos se ha dado en varias regiones del país, como es el caso del Soldado Profesional Montoya López Gildardo, el cual fue condenado a varios años de prisión, por el asesinato de los hermanos Ariel de Jesús Vallejo Cardona y John Fredy García Cardona, retenidos el 26 de mayo del 2004 cuando se dirigían a su casa en el barrio Robledo y luego reportados como abatidos en un supuesto enfrentamiento con una patrulla militar, en el sector de Boquerón, extremo occidental de Medellín. Las pruebas en este caso son contundentes, oscuros intereses incidieron en estos crímenes, la justicia emitió el fallo más ajustado a la ley. Como siempre en este caso los autores intelectuales quedaban en la impunidad. En este caso la justicia ordinaria igualmente encontró a los soldados responsables, no pudieron ser procesados por la justicia penal militar porque no era una orden de un superior, sus actos criminales los hicieron por voluntad propia, según las pruebas presentadas por la fiscalía. En estos casos la defensa debe acudir a recursos para disminuir la sentencia a escudriñar posibles causas del delito como: argumentar estrés, desorden mental, exceso de trabajo etc.

⁴³ Fiscalía general de la nación; unidad de derechos humanos.

3.6 Justicia penal Militar: Garantía o privilegio

Después de analizar la jurisprudencia, el origen jurídico de l fuero penal militar, queda claro que la corte constitucional debe prevenir y evitar los excesos que comenten los militares, el fuero debe ser una garantía para las operaciones que libran los militares, pero nunca debe ser una norma que permita la violación de los derechos humanos de los ciudadanos incluidos los falsos positivos, queda claro que la ley penal militar deberá seguir juzgando todas las acciones ilegales que realicen los militares, pero los delitos atroces y crímenes de lesa humanidad deben pasar inmediatamente a la justicia ordinaria, para que sea ella la que administre justicia. Las altas cortes reconocen que en el tema del fuero a los militares no es un tema agotado, el actuar de los criminales y su sevicia para cometer actos ilegales no tiene limites, por lo cual cada día la justicia ira mejorando y blindando la constitución para que los derechos humanos su protección y su defensa sean un objetivo real de los militares en Colombia.

4. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y TRATADOS INTERNACIONALES

4.1 Colombia derechos humanos en el concierto internacional

Como es de general conocimiento, para interpretar el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia la Corte Constitucional ha acudido al concepto de “bloque de constitucionalidad”. Según la jurisprudencia colombiana, este bloque “está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.”⁴⁴ Los acuerdos sobre derechos humanos tanto de los combatientes como de los ciudadanos del común hacen parte de este bloque de constitucionalidad, De acuerdo con dicha jurisprudencia, del “bloque de constitucionalidad” en sentido estricto hacen parte tanto los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario ratificados por Colombia como la jurisprudencia de los órganos internacionales a cuyo cargo está la interpretación de esos tratados. Colombia ha firmado y ratificado varios tratados como: el protocolo I y II de Ginebra, la corte penal internacional, La corte Interamericana de derechos Humanos. quiere esto decir que las estipulaciones de tales instrumentos y su interpretación autorizada deben servir como pautas de constitucionalidad de la preceptiva interna y han de aplicarse como normas relevantes para establecer el sentido de las disposiciones de la Carta Política en materia de protección y garantía de los bienes jurídicos fundamentales de la persona. De acuerdo a estos tratados los falsos positivos, la tortura, (art. 104,7. C.P.), las desapariciones forzadas (art. 165 C.P.)⁴⁵; hacen parte de los delitos de lesa humanidad en la cual tienen competencia los organismos y tratados internacionales, la justicia penal militar debe procurar ofrecer la máxima transparencia en los casos que resuelve para así evitar dudas sobre la aplicación de justicia que ella profiere.

⁴⁴ Corte interamericana de derechos humanos. San José de Costa Rica

⁴⁵ corte constitucional, Sentencia T-268 de 1996.

Según del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las entidades internacionales de derechos humanos han insistido reiteradamente sobre la índole excepcional y limitadísima de las cortes marciales y tribunales militares.⁴⁶ Lamentablemente Colombia es un país en la violación de los derechos Humanos, lo reitera mas el compromiso del Estado para combatir la violación de derechos humanos, sobre todo de los militares involucrados, a quienes los acuerdos firmados por el país no cobijan, generando una angustia ante la posibilidad de impunidad que se puede presentar.

El país ha suscrito diversos tratados con organizaciones internacionales para combatir el crimen y la impunidad, Colombia hace parte de la OEA, la ONU, la comisión interamericana de los derechos humanos, el tema de los falsos positivos tuvo mucho impacto a nivel global por este delito. La ONU manifiesta su preocupación por el surgimiento de nuevas bandas criminales en el país, la mayoría derivada de grupos paramilitares desmovilizados y militares destituidos, el problema es real, el crimen se alimenta del miedo, del sentimiento, del valor, de la falta de justicia, de la ausencia de honestidad, de impunidad. Reitera el relator que "Muchos de los jefes de estas bandas criminales son hermanos o lugartenientes de comandantes de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC)", las cuales se desmovilizaron entre 2003 y 2006; al igual que le preocupa la aplicación de la ley de justicia y paz, marco legal de la desmovilización de la ultraderecha armada, y sugiere "la necesidad de un debate para ajustar y reformular la ley" ⁴⁷. Frente a estas denuncias del relator de la ONU, queda la pregunta si a pesar de y todos los tratados internacionales firmados por Colombia para evitar la violación de los humanos, estas disposiciones de las cortes internacionales no son de obligatorio cumplimiento, lo cual puede aumentar la impunidad en la justicia; la función de los organismos internacionales es mas para advertir sobre la situación de derechos humanos, y proponer estrategias para evitar los crímenes y apoyar un juicio justo de los militares involucrados.

⁴⁶ Ibídem

⁴⁷ Informe ONU sobre derechos humanos en Colombia 2009.

Colombia hace parte de la corte penal internacional instancia creada con el objeto de evitar que crímenes que se han cometido en los diversos países queden en la impunidad, el gobierno colombiano siempre ha demostrado su disposición de apoyar a la ley en todo lo que esta determine.

Los falsos positivos tuvieron una alta repercusión a nivel internacional, los índices están en rojo, según la ONU Colombia es uno de los cinco mayores violadores de derechos humanos en el mundo; el ultimo reporte de los estados unidos certificaba al país en derechos humanos. Se están haciendo cambios, pero aun falta para que el respeto y el ejercicio de los derechos humanos sea una realidad en el ejercito Nacional.

5. CONCLUSIONES

- El sistema penal militar como tal sigue siendo una garantía para el debido proceso de los militares sindicados de falsos positivos, la justicia penal solo se encarga de crímenes contra la humanidad, para darle mayor legalidad y respeto por la sentencia.
- El Estado colombiano tiene la obligación moral de permitir que las cortes internacionales colaboren PARA EXCLARECER y apoyar las investigaciones relacionadas con crímenes cometidos por militares activos.
- El principio de igualdad y juez natural están escritos en la constitución y por lo cual deben acogerse todos los sindicados incluidos los militares y los insurgentes, porque ellos también están en la obligación de responder por sus actos en igualdad de condiciones.
- La credibilidad y el respeto en las instituciones militares es el verdadero propósito de un Estado social de Derecho, de allí la importancia de la fuerza pública como promotora del respeto a la legalidad.
- Las injusticias cometidas en las condenas contra los soldados y oficiales de Colombia, muestra que al sistema legal colombiano le falta contar con fiscales mas objetivos y con jueces ordinarios mas imparciales a la hora de dictar sentencia.
- Las conductas delictivas en los militares enfatizan la necesidad de mejorar la JUSTICIA PENAL MILITAR para que sancione a los militares implicados en crímenes
- La justicia colombiana esta en la obligación de realizar las investigaciones necesarias con respecto a los falsos positivos, la justicia penal militar debe mostrar resultados concretos y mejorar la imagen de la institución.
- Debe presentarse una solución inmediata a los falsos positivos, para evitar que se sigan sucediendo, no solo para mejorar la imagen de Colombia en el exterior, sino para abrir nuevos canales diplomáticos y de comercio con otros países. La comunidad no

debe perder la confianza y respeto de sus Fuerzas Militares por casos aislados que ya se encuentran en investigación.

- El Fuero Militar no busca en ninguna forma hacer ineficaces estos principios autonomía, independencia, imparcialidad en pro de la impunidad de los delitos cometidos por los militares o policías, a contrario *sensu* el Fuero es la materialización de esos principios como garantía fundamental para los miembros de la Fuerza Pública, en procura por demás del derecho al juez natural, garantía connatural al derecho a un debido proceso al cual también tienen derecho ellos.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución política de Colombia, 1991.
- Azula Camacho, libro manual de derecho procesal tomo i teoría general del proceso, editorial Temis 2000 séptima edición. Bogotá.
- BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, El proceso penal, Universidad Externado de Colombia, 2002, p.515
- Corte idh, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafos 169-70
- Corte suprema de justicia sala de casación penal magistrado ponente sigifredo espinosa Pérez aprobado acta no. 127. Bogotá 2009
- Mendoza palomino, Álvaro. teoría y sinopsis de la constitución de 1991. Bogotá editorial doctrina y ley. 1996. p.228
- Sachica, Luis Carlos, derecho constitucional. Bogotá: librería el profesional. 1980
- caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 126; caso bulacio, supra nota 3, párr. 120; y caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 143. Casos reales a sindicatos implicados en falsos positivos.
- Caso Maritza Urrutia, supra nota 3, párr. 126; caso bulacio, supra nota 3, párr. 120; y caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 147, párr. 143. Trujillo Oroza. reparaciones (art. 63.1 convención americana sobre derechos humanos). sentencia de 27 de febrero de 2002. serie c no. 92, párr. 109; caso Bámaca Velásquez. reparaciones (art. 63.1 convención americana sobre derechos humanos). sentencia de 22 de febrero de 2002. serie c no. 91, párr. 75; y caso caballero delgado y santana, supra nota 148, párr. 58.
- Reforma del código penal militar ley 1407 de 2010. constitución política de Colombia. 2010.
- fiscalía general de la nación; unidad de derechos humanos
- Corte suprema de justicia: Fuero penal militar y delitos de lesa humanidad, sentencia c-358/97 *punibilidad* - regulación compete al legislador.